

- 10 Voor een andere kritiek hierop zie D. Chalmers, 'Justifying institutional accommodation', *ELR* 33 2008-4, p. 456.
- 11 Conclusie van de A-G, punt 85.
- 12 Zie *PbEU* 2011, L 68/1/1.
- 13 Conclusie van de A-G, punt 81.
- 14 Arrest van het Hof, r.o. 60.
- 15 Zie A. van den Brinck, 'Van rechtsinstrumenten naar rechtshandelingen – Lissabon en de introductie van een primaat van de Europese wetgever', *SEW* 2008, afl. 5, p. 167.
- 16 Arrest van het Hof, r.o. 63 (eigen cursivering).
- 17 Merijn Chamon is assistent en doctoraal onderzoeker aan de vakgroep Europees recht van de Universiteit Gent.

NEDERLANDSE RECHTERS

36 Hoge Raad, ECLI:NL:HR: 2013:CA3745

Uitspraak van 25 oktober 2013; conclusie van A-G L.A.D. Keus van 7 juni 2013

Mededinging – Kwalificatietoets – Doelbeperking – Juridische en economische context – HvJ Allianz Hungaria – Merkbaarheid – HvJ Expedia – geografische markt

I. Feiten en procesverloop

In deze zaak voor de Hoge Raad gaat het over twee percelen grond aan een drukke verkeersader op Texel waarop verweerster een tankstation wil vestigen. Verweerster is sinds 27 juni 2008 eigenaar van deze twee percelen grond, maar wordt beperkt door een in de akte van levering vastgelegd concurrentiebeding. Verweerster heeft de percelen grond voor € 35 000 gekocht van de eerdere eigenaar, die gebonden was aan een kettingbeding dat bij de verkoop in 1995 was ingesteld door eiseres. Tot in 1994 exploiteerde een aan eiseres gelieerde onderneming op de betreffende percelen een tankstation. Bij de overdracht van de grond nam eiseres een kwalitatieve verplichting, versterkt met een kettingbeding, op waardoor het toekomstige grondeigenaren verboden werd om daar een tankstation te exploiteren. Het betrof echter geen absoluut verbod, want wanneer de motorbrandstoffen zouden worden aangeleverd door een aan eiseres verbonden onderneming mochten de grondeigenaren wel een tankstation vestigen. Op Texel waren ten tijde van het proces zeven tankstations gevestigd: twee behoorden toe aan eiseres of een aan haar verbonden onderneming, drie werden belevend door eiseres en slechts twee verkochten motorbrandstoffen die niet door eiseres

werden geleverd. Samen hadden de eerste vijf tankstations een aandeel van 63% op de Texelse markt.

In 2009 verzocht verweerster om ontheffing van het concurrentiebeding, maar dit verzoek werd door eiseres afgewezen. Hierop heeft verweerster eiseres voor de Rechtbank Alkmaar gedagvaard en gevorderd dat het concurrentiebeding zou worden ontbonden wegens strijd met het mededingingsrecht. Het door verweerster gevorderde is op 15 september 2010 door de rechtbank afgewezen. Vervolgens is verweerster in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof Amsterdam. Bij het Gerechtshof Amsterdam werd er wel gehoor gegeven aan de mededingingsrechtelijke bezwaren die het concurrentiebeding met zich brengt. Bij arrest van 27 maart 2012 is het vonnis van de rechtbank dan ook vernietigd, omdat het concurrentiebeding nietig wordt bevonden wegens strijd met art. 6 lid 1 Mededingingswet (hierna: Mw). Tegen dit arrest is door eiseres tevergeefs een cassatieberoep ingesteld.

II. Oordeel van het Gerechtshof Amsterdam

De belangrijkste overwegingen van het Gerechtshof Amsterdam worden door de Hoge Raad als volgt samengevat. Volgens het gerechtshof heeft het concurrentiebeding het doel de concurrentie te beperken, wat valt op te maken uit de benaming en de context waarin het beding is overeengekomen. Het ligt volgens het gerechtshof in de rede dat het concurrentiebeding in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk het (merkbaar) effect heeft dat de mededinging wordt beperkt. In de stellingen van eiseres ligt niet besloten dat bij haar streven om het beding te handhaven andere belangen een rol spelen dan de bescherming van haar – aanzienlijke – marktaandeel op Texel. Eiseres heeft betwist dat voor verweerster de mogelijkheid ontbreekt om elders op Texel een concurrerend tankstation te exploiteren, maar heeft de stellingen van verweerster betreffende de evident gunstige ligging van de grond en daarop rustende bijzondere planologische bestemming onvoldoende weerlegd. In de (nabije) omgeving bestaat geen vergelijkbaar, vanuit commercieel oogpunt verantwoord, alternatief. Het betoog van eiseres dat het beding de concurrentie slechts in te verwaarlozen mate beperkt omdat de relevante markt ruimer moet worden getrokken dan Texel, wordt door het gerechtshof verworpen. Texel moet als aparte (geografische) markt worden beschouwd, omdat het niet

voor de hand ligt dat op het eiland verblijvende automobilisten (louter) voor het tanken de reis naar het vasteland ondernemen, gelet alleen al op de daarmee gepaard gaande kosten en/of gemoeide tijd.

III. Oordeel van de Hoge Raad

Het eerste discussiepunt in het cassatieberoep betreft de vraag of het concurrentiebeding door het gerechtshof kon worden aangemerkt als een doelbeperking. In rechtsoverweging 3.5.1 neemt de Hoge Raad als vertrekpunt dat voor de uitleg van art. 6 Mw in beginsel zo veel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij de vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).¹ Relevant in dit verband is volgens de Hoge Raad het arrest *Allianz e.a./Gazdasági*² waaruit blijkt dat een overeenkomst als naar haar strekking mededingingsbeperkend in de zin van art. 101 VWEU is:

‘(...) indien na een individueel en concreet onderzoek van de inhoud en het doel van de overeenkomst en de economische en juridische context ervan, blijkt dat zij naar haar aard schadelijk kan zijn voor de goede werking van de normale mededinging op de desbetreffende markt(en). Daarbij dient rekening te worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.’³

Ten tweede wordt door eiseres betwist dat het concurrentiebeding de mededinging merkbaar beperkt. De Hoge Raad concludeert echter dat voor zover de onderdelen tot uitgangspunt nemen dat het gerechtshof in rechtsoverweging 3.3.2 de strekking van het concurrentiebeding heeft onderzocht en in de rechtsoverwegingen 3.3.3-3.3.4 de gevolgen daarvan, berust op een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Waar het gerechtshof spreekt over het ‘(merkbaar) effect’ van het beding, doelt het niet op de zogeheten gevolgbeperkingen, maar op het merkbaarheidsvereiste. Het gerechtshof had al geoordeeld dat het concurrentiebeding naar zijn strekking de mededinging beperkt, waardoor het niet is toegekomen aan de vraag of dat beding tevens mededingingsbeperkende gevolgen heeft.⁴

Ten aanzien van de klachten inhoudende dat ‘exclusieve-afnameovereenkomsten’ niet tot doel hebben de mededinging te beperken

in de zin van art. 101 VWEU, wordt door de Hoge Raad gekeken naar de exclusieve-afnamebedingen die eerder ter discussie stonden in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.⁵ Daarbij legt de Hoge Raad uit dat het gerechtshof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het concurrentiebeding tussen verweerster en eiseres naar zijn strekking niet op één lijn te stellen is met die exclusieve afnamebedingen. Volgens de Hoge Raad bedoelde het gerechtshof:

‘(...) dat het concurrentiebeding mede geldt in de “horizontale” verhouding tussen twee ondernemers, [eiseres] en [verweerster], die immers op de markt voor de detailhandel in motorbrandstoffen elkaars (potentiële) concurrenten zijn.’

De Europese jurisprudentie ziet enkel op ‘verticale’ overeenkomsten tussen leveranciers en hun afnemers waarbij de leveranciers financiële en economische voordelen aan hun afnemers verstrekken, waartegenover de afnemers zich ertoe verplichten exclusief producten van de leverancier af te nemen.⁶ In rechtsoverweging 3.5.5 komt de Hoge Raad tot de slotsom dat het gerechtshof na een individueel en concreet onderzoek van de inhoud en het doel van de overeenkomst en de economische en juridische context ervan terecht heeft geoordeeld dat het daarin opgenomen concurrentiebeding naar zijn aard schadelijk kan zijn voor de werking van de normale mededinging op de betrokken markt.

Ten slotte wordt ook bevestigd dat het gerechtshof de relevante geografische markt juist heeft afgebakend tot de Texelse markt voor de detailhandel in motorbrandstoffen. Onder verwijzing naar de definitie van het begrip ‘relevante (geografische) markt’⁷ legt de Hoge Raad uit dat het gerechtshof tot uitdrukking heeft willen brengen dat op Texel andere concurrentievoorwaarden heersen dan op het vasteland. Naast de toeristen en forenzen is het voor veel (andere) op het eiland verblijvende automobilisten niet rendabel om puur vanwege het tanken de overtocht naar het vasteland te maken.⁸ Dit brengt de Hoge Raad tot de eindbeslissing dat het cassatieberoep moet worden verworpen. Daarmee blijft het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam overeind waarin het concurrentiebeding tussen betrokken partijen werd gekwalificeerd als een doelbeperking in strijd met art. 6 Mw. Verweerster is nu vrij om op haar percelen grond op Texel een tankstation te exploite-

ren, waarbij zij niet langer verplicht is om brandstof van eiseres af te nemen. Concurrerende brandstofleveranciers hebben intussen belangstelling getoond.⁹

IV. Commentaar

IV.1. *De juridische en economische context versus de mededingingsrechtelijke gevolgen*

Binnen de kwalificatietoets kan in beginsel op een tweetal manieren worden vastgesteld of een overeenkomst een mededingingsbeperkend doel heeft.¹⁰ Bepaalde overeenkomsten hebben overduidelijk het doel de mededinging te beperken.¹¹ Indien een overeenkomst niet overduidelijk het doel heeft de mededinging te beperken, dient er een analyse uitgevoerd te worden om te bepalen of deze overeenkomst het doel heeft de mededinging te beperken. Blijkens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, maar ook van de Nederlandse rechterlijke macht, dient er naar verschillende factoren gekeken te worden om te bepalen of een overeenkomst het doel heeft de mededinging te beperken.¹² Een overeenkomst kan een mededingingsbeperkend doel hebben, indien dit blijkt uit de inhoud en de aard van de overeenkomst en uit de economische en juridische context waar de overeenkomst onderdeel van uitmaakt.

Gelet op een zestal overwegingen heeft het Gerechtshof Amsterdam vastgesteld dat er sprake is van een doelbeperking. Dit is terecht, aldus de Hoge Raad.¹³ Aan de hand van de benaming van het betreffende concurrentiebeding en de context waarin het beding is gestipuleerd, heeft het gerechtshof geconcludeerd dat dit mededingingsbeperkend is. De Hoge Raad bevestigt deze conclusie en verwijst daarbij o.m. naar de rechtsoverwegingen 3.3.3 en 3.3.4 van de uitspraak van het gerechtshof. De verwijzing door de Hoge Raad naar rechtsoverweging 3.3.3 is tot op zekere hoogte verwarrend, aangezien het gerechtshof spreekt van een ‘(merkbaar) effect’. Gelet op de bewoordingen van het gerechtshof zijn twee visies te verdedigen. De eerste visie houdt in dat de Hoge Raad correct heeft aangenomen dat de opmerking van het gerechtshof irrelevant is en dat het gerechtshof in rechtsoverweging 3.3.3 de kwalificatietoets voortzet. De tweede visie zou zijn dat het gerechtshof in rechtsoverweging 3.3.3, in tegenstelling tot wat de Hoge Raad hierin lijkt te lezen, juist de merkbaarheid onderzoekt. Wij zullen in deze annotatie ervan uitgaan dat de uitleg door de Hoge

Raad de juiste is.¹⁴ De verwijzing van de Hoge Raad naar rechtsoverweging 3.3.4 van het gerechtshof komt binnen de bespreking van de kwalificatietoets uit de lucht te vallen, aangezien het gerechtshof in deze overweging het argument verwerpt dat ‘het beding de concurrentie slechts in te verwaarlozen mate beperkt’. Dit lijkt op een bespreking van de merkbaarheid van een mededingingsbeperkende overeenkomst en hoort derhalve niet bij de beoordeling betrokken te worden of een overeenkomst het doel heeft de mededinging te beperken.

Het gerechtshof gaat in rechtsoverweging 3.3.3 in op de omstandigheden op de relevante markt. Volgens de Hoge Raad vormt deze analyse onderdeel van de bepaling of het concurrentiebeding het doel heeft de mededinging te beperken. De naam van het beding, het grote marktaandeel van de verkoper van de grond en het ontbreken van een alternatief op Texel om een tankstation te exploiteren maken dat het gerechtshof het beding aanmerkt als een doelbeperking. De vraag is of dit een analyse is van de economische en juridische context waarin de overeenkomst is gesloten, of bespreekt het gerechtshof in rechtsoverweging 3.3.3 de gevolgen op de markt? Het is hierbij van belang om kort stil te staan bij de zaak *Allianz e.a./Gazdasági*.¹⁵ Het Europese Hof van Justitie schept met de *Allianz*-zaak onduidelijkheid omtrent het belangrijke onderscheid tussen doelbeperkingen en gevolgbeperkingen.¹⁶ Deze zaak betrof, enigszins vereenvoudigd weergegeven, een verticale overeenkomst tussen een verzekeraar die autoverzekeringen levert en een organisatie van autoreparatiebedrijven. Deze autoreparatiebedrijven waren als tussenpersonen betrokken bij het afsluiten van autoverzekeringen. Zij kregen een hogere vergoeding voor het repareren van auto's, indien zij meer verzekeringen van de verzekeraar hadden verkocht aan hun klanten. In rechtsoverweging 48 lijkt het Europese Hof van Justitie de bespreking van de economische en juridische context waarin de overeenkomst zich bevindt los te laten. Hier bespreekt het Europese Hof van Justitie de structuur van de markt, de mogelijkheid voor alternatieven en de marktaandelen, om te achterhalen of de mededinging op de markt beperkt of in sterke mate verzwakt wordt als gevolg van het sluiten van de overeenkomst. Het lijkt erop dat de Unierechter verder gaat dan noodzakelijk in dit stadium, aangezien het de (mogelijke) gevolgen op de markt bespreekt. In tegenstelling tot de analyse van het Hof van Justitie heeft het Gerecht in 2005 in de zaak *Brasserie na-*

tionale/Commissie andere indicaties gegeven voor de correcte toepassing van de beoordeling van de juridische en economische context in het kader van de kwalificatietoets.¹⁷ Daarnaast heeft het Gerecht aangegeven dat de 'in de marktaandelen tot uitdrukking komende vitaliteit van de betrokken sector, de mate waarin deze sector open staat voor import' en de aanwezigheid van concurrenten factoren zijn voor het vaststellen van een mededingingsbeperking die het gevolg heeft de mededinging te beperken en niet om vast te stellen of de beperking het doel heeft de mededinging te beperken.¹⁸ Volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven dient de juridische en economische context slechts meegenomen te worden om te bepalen of een gedraging (of overeenkomst) 'geschikt is om te leiden tot verhinderende, beperking of vervalsing van de mededinging'.¹⁹ Er zou dan een marginale toets van de marktcondities moeten worden uitgevoerd. Het meenemen van het marktaandeel van de concurrent en de alternatieven voor het exploiteren van een tankstation op Texel lijkt eerder op een verdergaande bespreking van de structuur van de markt en dus van de gevolgen van de overeenkomst voor de normale mededinging op de markt. Het gerechtshof had hoogstwaarschijnlijk kunnen volstaan met de vaststelling dat een verbod op het exploiteren van een tankstation op een relatief kleine geografische markt met weinig concurrentie geschikt is om de mededinging per definitie te beperken. Het verschil tussen doelbeperkingen en gevolgbeperkingen vervaagt door deze uitspraak van de Hoge Raad.²⁰ Geheel onbegrijpelijk is dit niet gezien de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de *Allianz e.a./Gazdasági*-zaak, waarin de Unierechter de gevolgen op de markt lijkt te bespreken bij de bepaling of de overeenkomst het doel heeft de mededinging te beperken. De rechtszekerheid wordt door deze uitspraken in ieder geval niet gediend.

IV.2. Het merkbaarheidsvereiste voor doelbeperkingen

Na de kwalificatietoets waarbij het onderscheid wordt gemaakt tussen doel- en gevolgbeperkingen, dient aan de hand van het feitelijk kader van de overeenkomst te worden beoordeeld of voldaan is aan het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste. Dit vereiste is ontwikkeld door het Hof van Justitie²¹ en staat niet in de tekst van art. 101 VWEU. Wanneer de concurrentiebeperking in een overeenkomst de markt in zeer geringe mate beïnvloedt, valt de overeenkomst niet onder

art. 101 VWEU. Zo wordt onder meer aangenomen dat bij een zwakke positie van de partijen niet voldaan zal zijn aan het merkbaarheidsvereiste.²² Een leidraad die daarbij wordt gebruikt is de *de-minimis*bekendmaking²³ van de Europese Commissie waarin marktaandeeldrempels staan opgenomen.

Er werd altijd aangenomen dat het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste geldt voor zowel doel- als gevolgbeperkingen, aangezien dit arrest van 1969 betrekking had op een doelbeperking. Sinds recente jurisprudentie van het Hof van Justitie is in de literatuur echter een discussie losgebarsten over de vraag of het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste nog wel geldt ten aanzien van doelbeperkingen. Aanleiding hiervoor is rechtsoverweging 37 van het *Expedia*-arrest waarin de Tweede kamer van het Europese Hof van Justitie het volgende heeft overwogen:

'Bijgevolg moet worden vastgesteld dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt.'²⁴

Deze rechtsoverweging van het Hof van Justitie over het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste bij doelbeperkingen wordt op verschillende manieren geïnterpreteerd. In deze annotatie zullen drie visies worden besproken.

Bij de eerste visie wordt aangenomen dat het Hof van Justitie met de betreffende rechtsoverweging willen aangeven dat doelbeperkingen per definitie merkbaar zijn, waardoor het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste ten aanzien van doelbeperkingen komt te vervallen. Uit de ontwerpmededeling voor een aanpassing van de *de-minimis*bekendmaking van 11 juli 2013 blijkt dat de Europese Commissie het *Expedia*-arrest op deze wijze interpreteert.²⁵ Tegen deze strikte visie wordt echter onder andere ingebracht dat er in het *Expedia*-arrest geen afstand wordt gedaan van het *Völk/Vervaecke*-arrest waarin het Hof van Justitie de merkbaarheidstoets op doel- en gevolgbeperkingen van toepassing verklaart.²⁶ Bovendien zal deze gevolgtrekking leiden tot een hernieuwde discussie over de vraag wanneer sprake is van een doelbeperking.²⁷

De tweede interpretatie van het *Expedia*-arrest zoekt de uitleg meer in een samenhang tussen de kwalificatietoets en de merkbaarheidstoets. Er wordt beargumenteerd dat het

Hof van Justitie uitsluitend de reikwijdte van het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste bij doelbeperkingen heeft willen verduidelijken: in geval van een doelbeperking dient de merkbaarheidstoets nog steeds te worden uitgevoerd, maar dan hoeft er net als bij de kwalificatietoets geen effectenbeoordeling plaats te vinden. Voor het vaststellen van de merkbaarheid bij doelbeperkingen volstaat een contextanalyse.²⁸ De toetsingsomvang die bij de kwalificatietoets geldt voor doelbeperkingen, werkt een op een door bij het beoordelen van de merkbaarheid van doelbeperkingen. Advocaat-generaal Keus in de *Texel*-zaak ziet rechtsoverweging 37 van *Expedia* als een opmerkelijke tournure, waarmee de rechtspraak volgens welke het mededingingsbeperkende karakter van een overeenkomst met een zodanige strekking niet nader aan de gevolgen van de overeenkomst behoeft te worden getoetst, ook op de merkbaarheidseis van toepassing wordt verklaard. Volgens Keus lijkt het mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst hier door het Hof van Justitie ten onrechte over één kam te worden geschoren 'met de intensiteit van de mededingingsbeperking die de betrokken overeenkomst tot doel heeft'.²⁹

Ten slotte houdt de laatste en derde lezing van het *Expedia*-arrest verband met het vereiste van invloed op de tussenstaatse handel. Bij de beoordeling van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel vindt tevens een merkbaarheidstoets plaats, welke hierna zal worden aangeduid als de interstatelijke merkbaarheid.³⁰ De overeenkomst die een concurrentiebeperking bevat moet de tussenstaatse handel merkbaar kunnen beïnvloeden. Bij de derde letterlijke lezing van rechtsoverweging 37 van *Expedia* wordt de *Völk/Vervaecke*-merkbaarheid bij doelbeperkingen onderdeel van de interstatelijke merkbaarheid. Er wordt aangenomen dat er in geval van interstatelijke merkbaarheid *ipso facto* is voldaan aan het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste.³¹ De interstatelijke merkbaarheid en de kwalificatie 'doelbeperking' zijn dan cumulatieve voorwaarden om vast te stellen dat er voldaan is aan de *Völk/Vervaecke*-merkbaarheid. Deze visie sluit aan bij de overwegingen van advocaat-generaal Kokott in het *Expedia*-arrest. Zij concludeert dat met betrekking tot het aantonen van de merkbaarheid van doelbeperkingen in geen geval hogere eisen mogen worden gesteld dan die welke gelden in het kader van de interstatelijke merkbaarheid. Indien vaststaat dat een overeenkomst met een doelbeperking de handel tussen lidstaten

merkbaar kan beïnvloeden, dan kan daaruit zonder meer worden geconcludeerd dat die overeenkomst de mededinging binnen de interne markt merkbaar kan beperken.³² In diverse publicaties over de gevolgen van het *Expedia*-arrest voor de Nederlandse rechtspraak hebben auteurs gewezen op jurisprudentie van Nederlandse rechters pre-*Expedia* waaruit geconcludeerd kon worden dat merkbaarheid ook bij doelbeperkingen een rol speelt.³³ Ook na *Expedia* waken de Rechtbank Amsterdam en het Hof 's-Hertogenbosch hier niet van af.³⁴ Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitte post-*Expedia* wel twijfels over de houdbaarheid van deze lijn en gaf zelfs aan dat nadere uitleg van het Hof van Justitie gewenst was. Het gerechtshof liet echter na om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen en stelde dat op basis van de feiten en omstandigheden in die zaak kon worden vastgesteld dat in ieder geval aan het merkbaarheidsvereiste was voldaan.³⁵ Op 25 oktober 2013 lijkt een van onze hoogste rechtscolleges, de Hoge Raad, het hek te sluiten: bij de toepassing van art. 6 Mw moet ook na het *Expedia*-arrest nog steeds naar de merkbaarheid van doelbeperkingen worden gekeken.

Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad om bij de uitleg van art. 6 Mw in beginsel zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.³⁶ Het is daarom interessant om het arrest in de *Texel*-zaak tegen de achtergrond van bovengenoemde drie interpretaties van het Europese *Expedia*-arrest te houden. In rechtsoverweging 3.5.3 legt de Hoge Raad uit wat het Gerechtshof Amsterdam bedoeld heeft met de rechtsoverwegingen 3.3.2 en 3.3.3. Volgens de Hoge Raad doelde het gerechtshof met de eerste zin van rechtsoverweging 3.3.3 dat 'het concurrentiebeding in de gegeven omstandigheden ook daadwerkelijk het (merkbaar) effect heeft dat de mededinging wordt beperkt' op het merkbaarheidsvereiste. Daarnaast stelt de Hoge Raad in 3.5.2 vast dat het gerechtshof zijn oordeel heeft gegrond op de vaststelling dat 'niet gezegd kan worden dat het beding de concurrentie slechts in te verwaarlozen mate beperkt'. In de *Texel*-zaak die na *Expedia* is gewezen lijkt de Hoge Raad vast te houden aan zijn oordeel dat een onderzoek naar de *Völk/Vervaecke*-merkbaarheid bij de toetsing van doelbeperkingen aan art. 6 Mw nog steeds relevant is. Grote vraag is of dit gezien de EU-rechtelijke jurisprudentie nog wel houdbaar is.

Wanneer het *Expedia*-arrest zo moet worden gelezen dat bij een doelbeperking de merkbaarheid altijd verondersteld mag worden (eerste lezing), dan is het oordeel van de Hoge Raad d.d. 25 oktober 2013 over de beoordelingswijze van het gerechtshof op 27 maart 2012 niet in lijn met het Europese recht zoals dat sinds 13 december 2012 wordt uitgelegd. Tussen het arrest van het gerechtshof en het arrest van de Hoge Raad is immers duidelijk geworden dat er bij een doelbeperking automatisch sprake is van een merkbare concurrentiebeperking. Bij de tweede lezing van *Expedia* wordt aangenomen dat het *Völk/Vervaecke*-merkbaarheidsvereiste nog steeds geldt voor doelbeperkingen, maar dat het Hof van Justitie in *Expedia* heeft willen benadrukken dat de kwalificatietoets en de merkbaarheidstoets nauw verweven zijn. Voor de merkbaarheidsstoets betekent dit dat volstaan kan worden met een redenering dat de doelbeperking de potentie heeft om de mededinging merkbaar te beperken. Er hoeft niet bewezen te worden dat er daadwerkelijk sprake is van een merkbare concurrentiebeperking. Wanneer deze tweede lezing van *Expedia* de juiste blijkt te zijn, heeft de Hoge Raad het EU-recht op een correcte wijze toegepast. Zoals gezegd is de Hoge Raad gebonden aan een parallelle toepassing van de EU-rechtelijke uitleg van de inhoud van art. 101 VWEU op art. 6 Mw.

Met de derde interpretatie van de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie zou het arrest van de Hoge Raad ook niet in strijd met het EU-recht komen. Zoals hierboven weergegeven is de *Völk/Vervaecke*-merkbaarheid gegeven op het moment dat vastgesteld wordt dat de tussenstaatse handel beïnvloed kan worden. Deze voorwaarde is niet opgenomen in art. 6 Mw en geeft de mogelijkheid om in het nationale recht een andere weg in te slaan, zoals de Hoge Raad dat doet door voor de toepassing van art. 6 Mw aan te nemen dat doelbeperkingen wel nog steeds een merkbare concurrentiebeperking moeten opleveren. Een uiteenlopende benadering in het Europese en het Nederlandse recht met betrekking tot de toetsing van merkbaarheid bij doelbeperkingen hoeft de convergentiegedachte tussen deze twee rechtsgebieden niet in gevaar te brengen. Bij het Europese kartelverbod gaat het om overeenkomsten die een grootse invloed hebben, namelijk op de Europese markt en niet op een (deel van een) nationale markt. Dit evidente verschil met art. 101 VWEU rechtvaardigt een eigen invulling op nationaal niveau. Ook advocaat-generaal

Keus geeft aan zich voor te kunnen stellen dat een doelbeperking die de tussenstaatse handel merkbaar beïnvloedt, eveneens een merkbare concurrentiebeperking zal impliceren. Dat is echter geen argument om naar nationaal mededingingsrecht te aanvaarden dat een doelbeperking die níét de tussenstaatse handel merkbaar beïnvloedt, naar haar aard een merkbare beperking van de mededinging impliceert.³⁷ Linksom of rechtsom had de Hoge Raad op 25 oktober 2013 in de *Texel*-zaak moeten ingaan op de gevolgen van het *Expedia*-arrest. De Hoge Raad schijnt niet van de eerste visie uit te gaan, maar het rechtscollege had wel moeten aangeven welk licht *Expedia* volgens hem op de interpretatie van art. 6 Mw laat schijnen.

IV.3. Het exclusieve afnamebeding

Uit de bewoordingen van het beding tussen eiseres en verweerster blijkt naar onze mening onvoldoende of er sprake is van een doelbeperking en daarom dient er een analyse uitgevoerd te worden.³⁸ Het betreft hier een concurrentiebeperking op een relatief kleine geografische markt met weinig marktdeelnemers. Concurrentie in de detailhandel van motorbrandstoffen op de relevante geografische markt is derhalve al lastig. Verweerster, de koper van het stuk grond, wordt door het beding belemmerd om te concurreren met eiseres. Gezien de zwakke concurrentie lijkt het ons niet onaannemelijk dat dit exclusieve afnamebeding geschikt is om de mededinging te verhinderen of te beperken, maar hier zullen wij verder niet over uitweiden.

IV.4. Afbakening van de relevante geografische markt

De relevante geografische markt wordt gedefinieerd als 'het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen en diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daarin duidelijk andere concurrentievoorwaarden heersen'.³⁹ De Hoge Raad gaat in zijn beoordeling in de rechtsoverwegingen 3.6.1 en 3.6.2 nader in op de relevante geografische markt. De geografische markt is in deze zaak *Texel* en dat is, aldus de Hoge Raad, geen onbegrijpelijke afbakening. Behalve een bevestiging van de afbakening van de geografische markt door het gerechtshof, gaat de Hoge Raad ook nader in op het argument van eiseres dat

alle op het eiland verblijvende personen, inclusief toeristen, in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen of de concurrentievoorwaarden voor hen voldoende homogeen zijn. De mogelijke invloed van dit argument op de afbakening van de geografische markt wordt door de Hoge Raad niet besproken. Het is, blijkens de Hoge Raad, niet rendabel om de oversteek naar het vasteland te maken met het enige doel om te tanken.

A-G Keus heeft op de motivering van het gerechtshof sterke kritiek.⁴⁰ Gezien de argumenten van eiseres zou het logisch kunnen zijn dat Texel geen afzonderlijke markt vormt. Eiseres geeft namelijk aan dat 'veel Texelaren dagelijks (en/of wekelijks) naar het vasteland forensen, met een frequente en snelle bootverbinding, (...) lagere pomprijzen in Den Helder onmiddellijk gevolgen hebben voor Texelse pomphouders, zodat laatstgenoemden zich niet onafhankelijk kunnen gedragen van pomphouders op het vasteland (...) en de brandstofprijzen dan ook niet wezenlijk afwijken'.⁴¹ Eiseres geeft dus aan dat de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn, zodat gesproken kan worden van een grotere geografische markt. Wanneer echter de transportkosten te hoog worden, zullen de concurrentievoorwaarden gaan verschillen en zal de geografische markt kleiner zijn.

In beginsel kan de potentiële clientèle van de detailhandel voor motorbrandstoffen opgedeeld worden in toeristen en Texelaren. Het lijkt ons logisch dat een toerist voordat hij het eiland betreedt en wanneer hij wederom terug is op het vasteland, zal tanken indien de kosten voor motorbrandstoffen te hoog zijn op Texel. Voor toeristen zijn de concurrentievoorwaarden daardoor voldoende homogeen, zodat zij voor de goedkoopste producten zullen kiezen. De overweging van de Hoge Raad zal derhalve slechts van toepassing zijn op de Texelaar. De vraag is dan of een Texelaar niet zomaar de oversteek zal maken om te gaan tanken. Allereerst dient hierbij opgemerkt te worden dat de veerbootmaatschappij, Teso, 'een gereduceerd tarief [heeft] voor inwoners van Texel en rechtspersonen die daar gevestigd zijn in het licht van de onafwendbare afhankelijkheid van de bootverbinding en de hieraan voor de eilanders verbonden extra verplaatsingskosten'.⁴² Ten tweede dient opgemerkt te worden dat het eiland Texel slechts 25 km lang en 8 km breed is.⁴³ Gezien de grootte van het eiland lijkt het ons onwaarschijnlijk dat de gemiddelde Texelaar zeer veel benzine op het

eiland zelf verbruikt en dus zal de gemiddelde Texelaar niet vaak hoeven te tanken. Ten derde lijkt het ons niet ondenkbaar dat het leeuwendeel van de Texelaren één enkele keer per twee weken naar het vasteland zal gaan, al dan niet voor werk of voor vrijetijdsbesteding. Bovendien vaart de veerboot gemiddeld 16 keer per dag van Den Helder naar Texel en 16 keer per dag terug.⁴⁴ De oversteek duurt ongeveer 20 minuten en dus is het voor de Texelaar qua tijdsduur zeer laagdrempelig om de oversteek te maken. Tot slot heeft de NMa (thans ACM) in 2004 geoordeeld dat de geografische markt voor de detailhandel voor motorbrandstoffen regionaal kan zijn, maar 'niet uitgesloten kan worden dat de concurrentieomstandigheden in een groter gebied homogeen worden aangezien de aantrekkingsgebieden van tankstations overlappen'.⁴⁵ Uiteindelijk liet de NMa in het midden of de geografische markt voor deze goederen nationaal, regionaal of lokaal is.⁴⁶ De opvatting dat slechts Texel de geografische markt is lijkt ons te beperkt en dus waren de argumenten van eiseres niet geheel onbegrijpelijk. Het had dan ook in de lijn der verwachting gelegen om de tien tankstations in de omgeving van Den Helder ook mee te nemen bij de afbakening van de relevante geografische markt.

IV.5. Conclusie

De Hoge Raad wijst uiteindelijk het cassatieberoep in het geheel af. Naar onze mening heeft deze zaak niet bijgedragen aan de rechtszekerheid in het mededingingsrecht. De Hoge Raad wordt niet geholpen door de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie en had beter prejudiciële vragen kunnen stellen. Op diverse punten is meer duidelijkheid noodzakelijk en op dit moment is het wachten op een nadere duiding vanuit Luxemburg.

M. Hengevelt en J.M. Veenbrink⁴⁷

Voetnoten

- 1 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5542.
- 2 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, n.n.g., r.o. 34, 36, 38 en 51.
- 3 Zie r.o. 3.5.1.
- 4 Zie r.o. 3.5.3.
- 5 HvJ EG 2 april 2009, C-260/07, *Jur.* 2009, p. I-2437 (*Pedro IV*); HvJ EG 28 februari 1991, C-234/89, *Jur.* 1991, p. I-935 (*Delimitis*); HvJ EG 7 december 2000, C-214/99, *Jur.* 2000, p. I-1121 (*Neste*).
- 6 Zie r.o. 3.5.4.
- 7 HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439.
- 8 Zie r.o. 3.6.1. en 3.6.2.

- 9 www.barentskrans.nl/news/80/60/Meer-concurrentie-op-brandstoffenmarkt-Textel.html.
- 10 Cf. D. Bailey, 'Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU', *CML Rev.* 2012, p. 570 e.v. en M.H. Loozen, 'T-Mobile Netherlands: het Hof schenkt klare wijn over de uitleg van een doelbeperking bij een economische benadering', *NTER* 2009, afl. 7, p. 233. De marktanalyse wordt door beide auteurs onderverdeeld in een tweetal methodes.
- 11 Zie o.m. GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jur.* 1998, r.o. 136 (*European Night Services/Commissie*) en Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 (*PbEU* 2004, C 101/97), par. 23. Zie ook de brochure van de ACM over het Beleid inzake verticale overeenkomsten, p. 8.
- 12 Zie r.o. 3.5.1. waarin de Hoge Raad verwijst naar HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, n.n.g. (*Allianz e.a./Gazdasági*).
- 13 Zie r.o. 3.5.2.
- 14 Indien de tweede visie wordt aangehouden en het gerechtshof de kwalificatietoets slechts uitvoert in r.o. 3.3.2. dan is, mede gelet op de argumenten van de partijen, de beoordeling dat er sprake is van een doelbeperking naar onze mening te marginaal onderbouwd.
- 15 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, n.n.g. (*Allianz e.a./Gazdasági*).
- 16 Zie bijv. C. Graham, 'Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on Allianz Hungaria', *ELR* 2013, p. 542-551.
- 17 GvEA EG 27 juli 2005, gevoegde zaken T-49/02-T-51/02, *Jur.* 2005, p. II-3033, r.o. 109 (*Brasserie nationale/Commissie*).
- 18 *Ibid.*, r.o. 108.
- 19 CbB 12 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN3895, r.o. 73.2. Zie ook meer specifiek HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *SEW* 2010, afl. 3, m.nt. L. Heijnen-Bos en A. Looijestijn-Clearie, p. 122 (*T-Mobile Netherlands BV e.a./Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*), waarin op de formalistische benadering van het Hof van Justitie wordt gewezen.
- 20 Zie ook E.F. van Hasselt, H.E. Urlus & A. Baars, 'HvJ EU Expedia en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid', *M&M* 2013, afl. 4, p. 123.
- 21 HvJ EG 9 juli 1969, 5/69, *Jur.* 1969, p. 295, r.o. 7 (*Völk/Vervaecke*).
- 22 HvJ EG 6 mei 1971, 1/71, *Jur.* 1971, p. 351, r.o. 9 (*Cadillon*) en HvJ EG 9 juli 1969, 5/69, *Jur.* 1969, p. 295, r.o. 7 (*Völk/Vervaecke*).
- 23 Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (*PbEG* 2001, C 368/07).
- 24 HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, n.n.g. (*Expedia Inc./Autorité de la concurrence en anderen*). Bijzonder opmerkelijk is dat in de Nederlandse vertaling het woord 'ongunstig' is toegevoegd aan deze rechtsoverweging, terwijl dat in andere taalversies niet het geval is. Bijvoorbeeld: '37. Il y a donc lieu de considérer qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurren-

- ce', en '37. It must therefore be held that an agreement that may affect trade between Member States and that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an appreciable restriction on competition.'
- 25 Ontwerpmededeling van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de minimis), paragraaf 12, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/de_minimis_notice_nl.pdf.
- 26 B.J.H. Braeken & S. Tuinenga, 'Hof van Justitie zaait verwarring in Expedia over merkbaarheidsvereiste bij doelbeperkingen', *MP* juni 2013, p. 114.
- 27 E.F. van Hasselt, H.E. Urlus & A. Baars, 'HvJ EU Expedia en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid', *M&M* 2013, afl. 4, p. 122.
- 28 H.M. Cornelissen, 'Het Expedia-arrest: een merkbare koerswijziging?', *NTER* 2013, afl. 5, p. 175.
- 29 Conclusie A-G L.A.D. Keus 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745, punt 2.3.
- 30 Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in art. 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/07), overweging 44-57.
- 31 B.J.H. Braeken & S. Tuinenga, 'Hof van Justitie zaait verwarring in Expedia over merkbaarheidsvereiste bij doelbeperkingen', *MP* juni 2013, p. 113.
- 32 Conclusie A-G Kokott 6 september 2001 bij het arrest *Expedia*, punt 56-57.
- 33 HR 16 september 2011, ECLI:NL:2011:BQ2213, r.o. 3.9.3 (*Batavus/Vriend*); CBB 7 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8309, randnr. 6.5 (*Secon en G-Star/NMa*). Zie H.M. Cornelissen, 'Het Expedia-arrest: een merkbare koerswijziging?', *NTER* 2013, afl. 5, p. 176; E.F. van Hasselt, H.E. Urlus & A. Baars, 'HvJ EU Expedia en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid', *M&M* 2013, afl. 4, p. 123.
- 34 Rb. Amsterdam 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6591, r.o. 4.12; Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1827, r.o. 4.9.
- 35 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188, r.o. 3.3 (*Batavus/Vriend*).
- 36 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5542.
- 37 Conclusie A-G L.A.D. Keus 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745, punt 2.3.
- 38 M.H. Loozen, 'T-Mobile Netherlands: het Hof schenkt klare wijn over de uitleg van een doelbeperking bij een economische benadering', *NTER* 2009, afl. 7, p. 233.
- 39 Zie r.o. 3.6.1.
- 40 Conclusie A-G L.A.D. Keus 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745, punt 2.44.
- 41 Ibid., punt 2.42.
- 42 www.teso.nl/nl/tarieven/vaste-reizigers-mainmenu-77/texels-tarief-mainmenu-78.
- 43 www.texel.net/nl/voor-de-pers/wist-je-dat-van-texel/.
- 44 www.teso.nl/nl/reisinformatiemenu/dienstregeling-mainmenu-65.
- 45 Besluit NMa van 16 februari 2004, zaak 3810, par. 21 (*Kuwait Petroleum/Tango*).
- 46 Ibid., par. 22.
- 47 Mr. M. Hengevelt en mr. J.M. Veenbrink zijn beiden als onderzoeker en docent verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.